



CLÁUSULA DE BARREIRA NO CONTRATO DE FRANQUIA E SEUS REFLEXOS NA CONCORRÊNCIA

Almir Garcia Fernandes¹

RESUMO

Esse estudo tem por finalidade analisar as cláusulas de não concorrência, de território e de contratação exclusiva nos contratos de franquia empresarial. Pretende-se demonstrar através do método dedutivo que estas limitações não implicam em violação da liberdade de iniciativa, pois o controle da qualidade da franquia repousa nas orientações do franqueador, por outro lado, a anotação de impedimento do franqueado de concorrer com o franqueador após a extinção do contrato não caracteriza abuso, ao contrário pode configurar concorrência desleal por parte do franqueado.

Palavras – Chave: Franquia; contrato; concorrência; *know-how*; cláusula de barreira.

BARRIER CLAUSE IN THE FRANCHISE AGREEMENT AND ITS REFLECTIONS IN THE COMPETITION.

ABSTRACT

This study aims to analyze non-competition, territory and exclusive contracting clauses in franchise agreements. It is intended to demonstrate through the deductive method that these limitations do not imply in violation of freedom of initiative, since the control of the quality of the franchise rests on the guidelines of the franchisor, on the other hand, the annotation of the impediment of the franchisee to compete with the franchisor after the termination of the contract does not characterize abuse, on the contrary may set up unfair competition on the part of the franchisee.

Key words: Franchise; contract agreement; competition; know how; barrier clause.

INTRODUÇÃO

Perante um cenário de redução de empregos formais, aumenta cada vez mais a quantidade de pessoas que se veem obrigadas a empreender negócios próprios. Entretanto, os desafios de constituir uma empresa, conquistar clientela, consolidar o ponto comercial como referência são tarefas árduas que, muitas vezes, deixam inseguros aqueles que buscam se inserir no mercado empresarial.

¹ Doutor em Direito Comercial pela PUC de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Econômico-Empresariais pela Universidade de Franca. Professor de Direito Empresarial no Centro Universitário do Planalto de Araxá. E-mail: almirgarcia@uniaraxa.edu.br



Uma alternativa mais segura encontrada para atuar no mercado é o sistema de franquias ou *franchising*², pois nesta modalidade contratual haverá a exploração de uma atividade econômica por um empresário lastreada nas experiências e orientações já adquiridas por outro empresário, chamado franqueador, bem como na oferta de produtos e serviços com boa aceitação por parte dos consumidores.

Os contratos de franquia se apresentam, portanto, como uma forma, aparentemente, mais segura de exploração da atividade empresarial, pois reduzem o risco do empreendimento, tanto para os franqueadores que podem escolher franqueados dentro de um determinado perfil para disseminar suas marcas, produtos e serviços, quanto para os franqueados que terão a oportunidade de colocar no mercado produtos com demanda existente e de boa aceitação.

Essa redução de riscos no empreendimento tem atraído cada vez mais empresários para esse setor que apresenta no Brasil números significativos de crescimento e faturamento. Segundo pesquisas da Associação Brasileira de Franchising – ABF – no ano de 2017 o setor faturou R\$ 163 bilhões de reais, faturamento esse superior em 8% comparado com o ano de 2016, com um total de 145 mil unidades em todo o território nacional, que juntas geram cerca de 1,2 milhão de empregos diretos.³

Esse desempenho é significativo, pois, segundo a mesma ABF, em 2004, o Franchising no Brasil possuía 814 unidades de redes de franquias, com um faturamento da ordem de R\$ 31.639 bilhões e de 531.252 mil empregos diretos.

Entretanto, deve-se destacar que, com a realização do contrato de franquia, haverá necessariamente a transferência ao franqueado das tecnologias, *know-how* e marcas que o franqueador possui, possibilitando àquele ter acesso aos segredos que importam no sucesso do empreendimento.

Considerando a importância desse mercado e as características destes negócios, a presente pesquisa se faz relevante, especialmente no que diz respeito às regras de proteção utilizadas pelos franqueadores para evitar que seus franqueados, após terem acesso a seus segredos, possam utilizar-se deles para desviar clientela de forma abusiva.

² Segundo o Guia de Franquias Brasil, “muitos dos novos empreendedores do *franchising* brasileiro, são pessoas que estão saindo dos seus empregos, e investindo o valor recebido em suas rescisões trabalhistas e alguma poupança acumulado no setor de franquias.” Disponível em:

<https://www.guiafranquiasbrasil.com.br/crescimento-do-setor-de-franquias-em-2017/>. Acesso em 29/01/2018.

³ Disponível em: <https://www.abf.com.br/wp-content/uploads/2018/01/Desempenho-do-Franchising-Brasileiro-Projecoes-2017-2018.pdf>. Acesso em 02/02/2018.



Trata-se, portanto, de um estudo cujo enfoque está voltado para os aspectos concorrenciais de algumas cláusulas do contrato de franquia empresarial, em especial as cláusulas de proibição de concorrência pós-contratual, ou cláusulas de barreira, que impõe limites à exploração econômica dos franqueados quando o contrato é extinto por qualquer das partes em separado ou em conjunto. Assim, o objetivo desta análise limitar-se-á às implicações desta e de outras cláusulas no universo da concorrência.

Tal pesquisa se justifica não somente pelas implicações econômicas que envolvem o contrato de franquia empresarial, mas também pela necessidade de discutir os instrumentos contratuais que estão disponíveis aos contratantes, sua segurança jurídica e a proteção a diversos elementos incorpóreos que estão envolvidos no universo do *franchising*, quais sejam a exploração de marcas, patentes, desenhos industriais, indicações geográficas, insígnias e sinais de propaganda e o *know-how* do empreendimento.

Buscar-se-á responder a alguns questionamentos relacionados às cláusulas de barreira nos contratos de franquia, tais como: Seriam válidas essas cláusulas, à luz das regras gerais de contratos e da liberdade de iniciativa? Poderiam os franqueadores limitar a exploração empresarial dos franqueados depois de extinto o contrato? Por qual prazo? Os franqueados podem utilizar-se do *know-how* do franqueador depois de extinto o contrato? Há abusividade por parte dos franqueados que exploram a mesma atividade do franqueador após o encerramento dos contratos de franquia?

A presente pesquisa será realizada de forma qualitativa, analisando para tanto as regras pertinentes ao contrato de franquia, as cláusulas territoriais, de exclusividade e de barreira a fim de analisar ao final se tais proteções são pertinentes e valorizam a atividade econômica e o crescimento empresarial.

Será utilizado como método de pesquisa o indutivo, a saber, aquele destinado a verificar constatações particulares, e possibilitar que se produzam generalizações sobre o tema. Os procedimentos metodológicos a serem utilizados serão o estudo dogmático jurídico, visto a impossibilidade de um estudo profundo sem que se recorra à lei, doutrina ou jurisprudência neste sentido; e o estudo sistemático, visando interpretar as regras específicas da pesquisa em harmonia com todo o sistema jurídico.

1 – Aspectos gerais do contrato de franquia empresarial.



A franquia empresarial constitui uma modalidade de contrato que permite a comercialização de produtos, serviços, indústria, bens imateriais e conhecimentos tecnológicos mediante condições previamente apresentadas, de forma exclusiva ou semi-exclusiva, conferidas por um empresário denominado franqueador a outro empresário chamado franqueado que deverá cumprir certas contraprestações, em especial o pagamento de *royalties*.⁴

Os *royalties* são contraprestações pagas pelo franqueado ao franqueador “pelo uso da marca, sob suas diversas formas, pela transferência de know-how, assessoramento, e pela concessão de conhecimentos sobre o sistema e metodologia para administração e gerência do negócio.” (SANT ANNA e LISBOA, 2015, p. 416)

Esse modelo de negócios surgiu no século XIX nos Estados Unidos, com a finalidade de melhorar a distribuição de produtos em território americano, como destaca Fernandes (2000, p.45):

A prática comercial através da franquia teve início, ainda de forma rudimentar, nos Estados Unidos da América, após a Guerra da Secessão (1860).

Os industriais do Norte, para expandir seus negócios, celebravam contratos com os comerciantes das regiões Sul e Oeste, para que passassem a distribuir, através da venda, produtos ou marcas que possuíam.

Desde a sua criação, até os dias atuais, a franquia empresarial consolidou-se como um modelo de negócios que apresenta diversas vantagens para as partes envolvidas. Para o franqueador o contrato representa a possibilidade de ampliar seus negócios, estabelecer-se em diferentes localidades e fortalecer cada vez mais a sua marca e a comercialização de seus produtos, sem vínculos empregatícios e reduzindo os seus investimentos de implantação e ampliação.

Ao franqueado, a vantagem está na possibilidade de vender determinados produtos ou prestar serviços com exclusividade territorial, cujas marcas já estão consolidadas no

⁴ Esse é o conceito que se extrai do art. 2º da Lei 8955/94: “Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.”



mercado, diminuindo os riscos da criação de um novo negócio, pois o *know-how* e demais serviços de organização empresarial lhe são oferecidos pelo franqueador.⁵

Desta feita, o franqueador sempre será um empresário ou sociedade empresária que disponibiliza ao franqueado, também empresário, seus produtos, serviços, marcas, tecnologias e *know-how* para que este último exerça atividade econômica explorando aquela *expertise* adquirida anteriormente.

Também vale ressaltar que atualmente os contratos de franquia têm se mostrado como alternativa para aqueles que deixaram as relações de emprego formal e pretendem se inserir no universo empresarial, pois nessa modalidade há a exploração de uma atividade econômica com apoio logístico e gerencial do franqueador, sem que haja um vínculo empregatício entre as partes. Tal fato se comprova através do estudo divulgado pelo Guia de Franquias Brasil⁶, no qual é destacado que houve um crescimento no número de franquias no ano de 2017 “atribuído ao cenário recessivo pelo qual o país ainda passa e ao alto número de demissões ocorridas no ano passado”.

Constitui, portanto, a franquia empresarial como um modelo de negócio, “visto não somente como forma de expansão de uma marca no mercado, mas também como um meio de otimizar recursos financeiros por meio de uma operação comercial com grande potencial de desenvolvimento.” (SOUZA, LOURENZANI, 2011, p. 120)

A franquia empresarial conta com uma legislação específica, a Lei nº 8.955 de 1994, entretanto, essa lei não trata de todos os aspectos deste contrato, pois procura apenas estabelecer regras mínimas a serem observadas pelos franqueadores quanto à Circular de Oferta de franquia.

Em virtude dessa opção do legislador por regulamentar apenas as questões relativas ao acesso às informações sobre o negócio ao qual está se associando, há divergência doutrinária quanto a tipicidade do contrato de franquia.

Coelho (2012, p. 187) entende que aquela lei não confere tipicidade ao contrato, prevalecendo “entre franqueador e franqueado as condições exclusivamente previstas no instrumento contratual entre eles firmado”.

⁵ Nesse sentido destaca Martins (2017, p. 393) que “consiste a *franquia* na concessão de determinada pessoa, que se constitui em empresa, de marcas e produtos, devidamente registrados, já perfeitamente conhecidos do público e aceitas por sua qualidade, preço, etc.”

⁶ Disponível em: <https://www.guiadefranquiasbrasil.com.br/crescimento-do-setor-de-franquias-em-2017/>. Acesso em 15 de janeiro de 2018.



Em sentido contrário Martins (2017, p. 398) entende que após a promulgação da lei, “passou-se a entender que esse contrato adquiriu tipicidade por haver regulação. Cabe ressaltar que o conteúdo da legislação cuida mais detidamente da Circular de Oferta de Franquia, que deve ser entregue ao franqueado sob pena de anulabilidade”.

Não obstante essa discussão doutrinária, acreditamos que a melhor solução seria considerar o contrato de franquia como um contrato típico, pois, “por contrato típico se entende aquele que vem regulado expressa e diretamente – de forma menos ou mais detalhada – por disposições legais; em outras palavras, o contrato que goza de uma disciplina legalmente estabelecida” (ASSAFIM, 2005, p. 153).

No caso do contrato de franquia, realmente a Lei 8.955/94 não detalhou especificamente sobre as diferentes cláusulas que este instrumento pode apresentar às partes, até mesmo porque há uma grande amplitude de atividades econômicas que podem estar a ela subordinadas, já com diversidade de regulamentações.

Barroso (2000, p. 158) inclusive destaca que “ao contrário do que muitos possam imaginar, o panorama jurídico vigente em franchising é rico em diplomas legais a regulá-lo, direta e indiretamente.” Essa conjugação contratual é bastante complexa, envolvendo diferentes estágios de organização empresarial e contratual.

Não seria adequado, portanto, elaborar uma legislação que buscasse regulamentar todas as caracterizações que este contrato apresenta, uma vez que a dinâmica dos mercados é muito intensa, variando muito de atividades e formas de organização. Nesse sentido, Mauro (2006, p. 24) destaca que as franquias podem ser classificadas em:

1ª geração: sistemas incipientes, 2ª geração: franqueador terceiriza vendas e presta poucos serviços, 3ª geração: sistema bem desenvolvido e bem implementado, 4ª geração: inclui reciclagem, internet, negociação de pontos comerciais, conselho de franqueados e recompra de unidades, e 5ª geração: redes inteligentes.

Estas diferentes gerações das franquias estão justamente relacionadas ao grau de complexidade dos negócios e da gestão do franqueador, sendo as primeiras mais simples e as últimas de maior complexidade.

No modelo de 5ª geração estão aquelas franquias em que há um maior investimento por parte do franqueador em informatização e integração de unidades operacionais, com o



devido monitoramento das atividades dos franqueados, para que o negócio possa ser otimizado a gerar os maiores benefícios às partes contratantes.

Essa integração entre franqueador e franqueado é destacada por Souza e Lourenzani (op. cit., p. 120):

Os fatores de integração consistem em meios de monitoramento e controle que integram todas as unidades e detectam fatores críticos de sucesso. Os fatores de integração são aquelas variáveis que influenciam diretamente o desempenho do negócio com relação as suas metas e a manutenção dos objetivos estratégicos, em outras palavras, aquilo que é crítico para o alcance do sucesso. Considerando o sistema de franquias, o franqueador está sempre monitorando as operações do franqueado a fim de fornecer-lhe suporte necessário para seu desenvolvimento. Dessa forma, a busca por melhorias e contribuições diversas é contínua nas franquias de 5ª geração, como estratégias para definir como melhorar as margens de lucro, elevar o faturamento, aumentar a produtividade, etc.

Considerando essa integração e todas as formas de transferência de tecnologia e permissão do uso de marcas, esta modalidade contratual depende, para valer perante terceiros de registro perante o INPI, tal como determina o art. 211 da Lei 9.279/96.

A falta de registro do contrato não impede a sua validade entre as partes, entretanto, sem a realização desse registro fica impossível ao franqueado realizar a dedução fiscal referente ao pagamento de *royalties*.

Apresenta-se, portanto, a franquia empresarial como um contrato consensual que se torna obrigatório a partir da manifestação dos contratantes realizada de forma escrita. É oneroso, pois pressupõe o proveito econômico tanto do franqueador quanto do franqueado, sendo desse modo bilateral pelas obrigações que gera para ambas as partes. Será de execução sucessiva, pois as prestações não são realizadas em um único momento, mas durante toda a vigência do contrato. É típico, pois conta com previsão expressa na legislação.

2 – Cláusulas do contrato de franquia.

O contrato de franquia empresarial, mesmo contando com legislação específica, não apresenta regulamentação sobre suas cláusulas, ficando a cargo das partes deliberarem sobre o que será mais adequado para o negócio firmado.



A Lei 8.955/94 apresentou exigências de caráter pré-contratual, que estão relacionadas à chamada Circular de Oferta de Franquia, documento que deve ser entregue ao franqueado no prazo de 10 dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou à empresa ou pessoa ligada a este.

A Circular de Oferta de Franquia reúne uma série de informações que serão importantes ao franqueado para tomar a decisão de filiar-se à franquia ou não. Esse documento oferece dados obrigatórios sobre a situação financeira e judicial da franquia, bem como a extensão de todas as obrigações que o franqueado deverá cumprir durante a vigência do contrato a ser firmado entre as partes.

Para Redecker (2011, p.156) esse documento é de extrema importância para as partes na relação jurídica pré-contratual, devendo ser minuciosamente descrito, pois poderá dimensionar ao franqueador e ao franqueado o que lhes espera no negócio jurídico:

Consiste, evidentemente, em um desafio que exige uma postura avançada de comunicação institucional do franqueador, pois é a circular de oferta de franquia que permitirá, pela exposição clara e objetiva do conceito de valor adicionado, uma visão completa de participação e contribuição social e econômica da empresa no seu ambiente de atividade ao franqueado em potencial.

O art. 3º da Lei 8.955/94 descreve em seus incisos um rol mínimo de informações relativas à Circular de Oferta de Franquia, em especial quanto ao perfil do franqueador, da franquia, do franqueado, bem como obrigações e direitos das partes.

Dessas regras básicas extraem-se cláusulas que irão compor o contrato de franquia, entretanto, é praticamente impossível apresentar uma regra básica sobre tais orientações contratuais, pois que elas se apresentam das mais variadas formas, em especial pela “extensão da autonomia da vontade, de acordo com a natureza e importância dos produtos e os interesses das partes (MARTINS, 2017, p. 399).

Por óbvio que como todos os contratos, o contrato de franquia empresarial deve apresentar como elementos principais as partes, o objeto, preço e o prazo. Schmitt (1999, p. 62) “destaca que o objeto do contrato de *franchising*, ou melhor, o escopo do instrumento é a exploração de uma marca ou produto com assistência técnica do franqueador, cujo campo assistencial deve ser descrito no contrato.”



Entretanto, as demais cláusulas contratuais são uma mistura híbrida de vários outros contratos típicos, tais como compra e venda, concessão mercantil, fornecimento, locação, comodato e comissão mercantil. Há uma nítida relação nessa modalidade contratual de elementos de natureza Comercial e Civil.

Desse modo, seria praticamente impossível descrever todas as cláusulas que deveriam compor um contrato de franquia. Para tentar auxiliar os contratantes, diversas organizações apresentam modelos e cláusulas básicas, tal como exemplo o SEBRAE/SC, que disponibiliza em seu sítio de *internet* cláusulas necessárias e aconselháveis⁷. Entretanto, segundo Martins (2017, p. 399), a Associação *Small Business Administration*, de Washington, depois de analisar diversos contratos de franquia apresentou uma relação de trinta cláusulas frequentes, das quais são mais relevantes:

(...) as referentes ao direito do franqueador de proibir ao franqueado a venda de quaisquer produtos que não forem feitos, aprovados ou indicados pelo franqueador; a realização de um mínimo de vendas dos produtos franqueados; o pagamento de certa importância pela franquia, podendo esse pagamento consistir em uma percentagem sobre o lucro bruto ou uma taxa fixa prefixada. Enumera também, essa lista como cláusulas comuns a obrigação de manter o franqueado suas portas abertas ao público durante certos dias e horas; o direito de o franqueador inspecionar os livros do franqueado; a participação do franqueado nas despesas de publicidade do franqueador; a aprovação pelo franqueador dos anúncios locais pelo franqueado e o seguro das mercadorias a ser feito pelo franqueado em companhias indicadas pelo franqueador. Mais ainda: há cláusulas frequentes sobre o direito de o franqueador adquirir os negócios do franqueado; o direito de o franqueador proibir ao franqueado certas modalidades de vendas, inclusive aquelas à crédito; a aprovação pelo franqueador das compras de equipamentos feitas pelo franqueado; a submissão de balanços financeiros periódicos do franqueado ao franqueador e a manutenção do franqueado de quotas mensais ou anuais de vendas dos produtos comercializados e o depósito pelo franqueado de todo o apurado em suas vendas em um balanço indicado pelo franqueador. Por último, são usuais cláusulas que obrigam ao franqueado a manutenção de um serviço especial de contabilidade, realizado esse serviço por empresas indicadas pelo franqueador; a proibição de fazer o franqueado qualquer

⁷ Disponível em: <http://www.sebrae-sc.com.br/Leis/default.asp?vcdtexto=653&%5E%5E>. Acesso em 20 de janeiro de 2018.



outro negócio enquanto a franquia estiver em vigor; e até o uso obrigatório pelos empregados do franqueado de uniformes aprovados pelo franqueador.

Contudo, não se deve deixar de mencionar que os contratos de franquia devem sempre mencionar o uso da marca do franqueador e da forma de sua utilização, bem como a remuneração (*royalties*), que, segundo Almeida (2014, p. 2372) são pagos sobre um determinado “percentual sobre o faturamento anual do franqueado”. Esse autor ainda destaca que podem ser cobradas outras taxas periódicas, que têm por objetivo garantir ao franqueador a manutenção do esquema de suporte, orientação e assistência mantidos pelo franqueador durante a vigência do contrato, bem como a continuidade do desenvolvimento e publicidade da marca, produtos ou serviços.

Junto à utilização da marca, também são relacionadas todas as prestações de serviços que o franqueador tem a obrigação de oferecer ao franqueado durante a vigência do contrato, bem como a transferência de tecnologia e do *know-how* para a execução do negócio.

Como o licenciamento de marcas (art. 130) e o de patentes (art. 61) são contratos que exigem registro próprio, do mesmo modo, a Lei 9.279/96, também determinou que o contrato de franquia empresarial deva ser registrado perante o INPI para que tenha efeitos perante terceiros.

Vale lembrar que o registro do contrato de franquia perante o INPI não é obrigatório, entretanto, para garantir que tal exploração não viole os limites da propriedade industrial é aconselhável que o mesmo seja feito, permitindo assim maior segurança jurídica tanto ao franqueador quanto ao franqueado. Coelho (2012, p. 193) destaca que “o registro da franquia é condição de eficácia do ato perante terceiros, apenas na hipótese em que franqueador e franqueado titularizam direitos perante esses”.

Do mesmo modo, Fernandes (2000, p. 114) alerta que a marca é um bem do franqueador, que levou anos para destacar-se no mercado, nesse sentido “há de ser regularmente utilizada pelo franqueado, para que possa evitar o seu enfraquecimento e, por isso, levá-la ao descrédito do consumidor, o que implicaria fracasso da rede de franquia como um todo”.

Ao contrário do que ocorre com as marcas e patentes, a assistência técnica e a transferência do *know-how* não possuem uma regulamentação especial, seja na legislação que trata das franquias ou em qualquer outra.



Quanto a esta ausência de previsão legal expressa sobre a assistência técnica e o *know-how*, Assafim (2005, p. 155) destaca a importância destes negócios jurídicos afirmando que, “sem prejuízo da ‘atipicidade legal’, cabe ser definida a qualificação conhecida como ‘tipicidade social’ para fazer referência aos contratos que, embora carecendo de uma disciplina normativa, têm uma presença intensa na realidade econômica”.

Desse modo, têm-se essas duas cláusulas no contrato de franquia como elementos indispensáveis, ao franqueado, no sentido de obter do franqueador o melhor assessoramento na execução do negócio jurídico ao qual está se filiando.

Por outro lado, há nessa relação de transferência de tecnologia e *know-how* uma situação de risco ao franqueador, especialmente pelo fato de que estará disponibilizando ao franqueado os segredos de sucesso de um determinado empreendimento negocial.

Uma vez que o franqueado tome conhecimento desta organização empresarial, após alguns anos de experiência, poderá desistir da franquia e constituir seu próprio negócio, deixando de ser um parceiro do franqueador para se tornar um concorrente.

Portanto, necessário se faz uma análise mais detalhada sobre as relações que possam surgir com a rescisão do contrato de franquia e a exploração da mesma atividade pelo franqueado, principalmente quando constar no contrato de franquia uma cláusula de não concorrência.

3 – Cláusulas do contrato de franquia empresarial e suas implicações no universo da concorrência.

Nos contratos de franquia também devemos destacar a possibilidade da fixação de critério de exploração territorial, de distribuição de produtos e serviços de forma exclusiva, bem como da imposição de cláusulas de não concorrência, estas últimas também conhecidas como cláusulas de barreira.

A cláusula sobre o território de exploração da franquia empresarial é entendida como essencial nesta modalidade contratual para que o franqueado tenha a dimensão de onde pode atuar, sem prejudicar outros franqueados, ou que lhe prejudiquem, sendo outorgado um público mínimo de possíveis consumidores. Esse território sofre uma variação muito grande, dependendo da franquia, pois pode ser fixado em um simples shopping, um bairro, uma cidade, uma região ou um estado.



A cláusula sobre exclusividade na distribuição de produtos e/ou serviços está relacionada a obrigação imposta ao franqueado de adquirir produtos e contratar serviços somente do franqueador ou de terceiros por ele indicados, limitando a liberdade do franqueado em livremente contratar com fornecedores, mesmo que com melhores preços.

Por fim, a cláusula de não concorrência é uma cláusula inserida nos contratos de franquia empresarial com efeitos pós-contratuais, visando impedir que o franqueado utilize de todos os conhecimentos e treinamentos recebidos durante a contratação da franquia para posteriormente voltar-se a concorrer contra o franqueador.

A análise destas cláusulas se faz necessária pois são importantes instrumentos contratuais postos no interesse de proteger tanto os direitos do franqueado, no tocante a qualidade do produto que vende e da sua atuação, quanto do franqueador, no sentido de preservar os investimentos que realizou.

O ponto de conflito destas cláusulas reside na tensão entre a autonomia da vontade contratual e na livre concorrência, explicitada pela aparente limitação da liberdade de contratar dos franqueados com terceiros, ou mesmo após o encerramento do contrato.

Essas cláusulas, portanto, merecem uma análise em separado das demais cláusulas contratuais, uma vez que interferem de forma direta na exploração da atividade econômica e na livre iniciativa dos agentes envolvidos nos negócios jurídicos.

O contrato de franquia é necessariamente um contrato hierarquizado, ou seja, nele há uma relação consensual entre franqueador e franqueado na exploração de um negócio jurídico, entretanto, sob as orientações do franqueador. Essa subordinação contratual é essencial para a existência da franquia empresarial, pois implica em uma relação de economia de custos de transação para ambas as partes.

Dessa forma, as cláusulas de limitação territorial, de exclusividade na compra de produtos e contratação de serviços e de barreira, são anotadas nos contratos de franquia com a nítida intenção de proteger o *know-how* e os bens da propriedade industrial, em vista dos investimentos do franqueador em tecnologia, treinamentos, qualificação, marketing e credenciamento.

Entretanto, consolidada esta proteção, que se volta exclusivamente para o franqueador e a sobrevivência de seu negócio, não seria possível, como ato reflexo, prejudicar o consumidor ou mesmo os franqueados, considerando o princípio da livre iniciativa e a livre concorrência?



Tal questionamento para ser respondido merece uma análise mais detalhada das relações jurídicas que envolvem tais cláusulas e suas consequências econômicas, especialmente porque temos questões relacionadas a segredos de negócio e bens da propriedade intelectual.

Nessa linha de raciocínio, é importante destacar a doutrina de Maria Cecília Andrade (VERSOSA e ANDRADE, 2014, p. 281) ao manifestar sobre a concorrência e os bens imateriais:

A teoria geral da concorrência e dos bens imateriais reconhece a concorrência como um valor ou desvalor, na dependência de sua apreciação em termos do bem público. Por um ângulo, não é bom para a economia em geral e para os consumidores em particular que a atividade empresarial seja exercida fora dos padrões da livre concorrência. De outra parte, importa proteger as criações do espírito, considerando que o ser humano – naturalmente egoísta – não se abalará a criar e/ou a divulgar obras, nos diversos domínios de sua capacidade intelectual, a não ser que possa delas tirar algum proveito econômico, mesmo que temporário.

Nesse sentido as cláusulas inseridas no contrato de franquia também têm o dever de orientar as relações concorrenciais entre franqueador e franqueado, durante e após a sua vigência, bem como a concorrência entre diferentes franqueados, terceiros e em relação ao interesse dos consumidores. Vale também lembrar que nas relações de franquia empresarial, não é apenas o desvio de clientela a única forma reconhecida na doutrina como concorrência desleal, sendo apenas um dos casos previstos no artigo 195 da Lei 9.279/96, entretanto, quando analisado sob a ótica específica dessa relação contratual, é o principal elemento caracterizador dessa prática prejudicial ao mercado.

Voltando-se especialmente para as cláusulas de território, exclusividade de não concorrência, é possível traçar uma linha de raciocínio já aceita jurisprudencialmente, de que as mesmas, quando aplicadas de acordo com uma certa razoabilidade não violam as relações concorrenciais, tampouco prejudicam os consumidores.

No caso específico da territorialidade, a limitação de território pelo franqueado ao franqueador não constitui um meio de limitação da liberdade de iniciativa propriamente dito. Ao estabelecer regras sobre a atuação territorial o franqueador está na realidade garantindo ao franqueado que este obtenha o melhor resultado possível da franquia contratada.



Esta cláusula, muitas vezes, também vem acompanhada de outra cláusula acessória relativa ao direito de preferência de adquirir nova franquia a ser instalada em localidade próxima a sua área de atuação.

Fernandes (2000, p. 120) entende que esta cláusula de preferência é absolutamente relevante, uma vez que “o franqueado, já podendo contar com determinada clientela, sofrerá prejuízos com a instalação de nova franquia.”

Os problemas relativos à estas cláusulas de território e preferência, na maioria das vezes estão relacionados ao descumprimento contratual por parte da empresa franqueadora, que, nessas situações será obrigada a indenizar o franqueado pelos investimentos e lucros cessantes.

É o que ocorreu no caso julgado no ano de 2013, pela 3ª Turma do TJDF, no processo 20080111409533APC⁸, cujo relator foi o desembargador SILVA LEMOS, em que uma escola de idiomas franqueadora descumpriu o contato que firmou com sua franqueada, permitindo a instalação de outros franqueados no mesmo território, sem respeito ao direito de preferência. No caso houve condenação da franqueadora em pagamento de danos materiais e lucros cessantes.

No que diz respeito à cláusula de exclusividade na aquisição de produtos ou serviços diretamente pelo franqueador ou por terceiro por ele indicado, temos também que, doutrinariamente, tal cláusula não contém hipótese de violação das relações concorrenciais, vez que o franqueado já sabe, de antemão, através da Circular de Oferta de Franquia, que terá a obrigação de adquirir tais produtos e, muitas vezes, sujeitar-se a determinados preços de revenda.

Nesse sentido Paula A Forginoni (2008, p. 229) esclarece que “o agente econômico que ofende a competição ou o concorrente, desde que imunizado por autorização ou isenção, pratica ato lícito e não é obrigado à indenização aos prejudicados”. Claro que esta autora trata de imunizações legislativas de práticas antitrustes, mas guardadas as devidas proporções, a

⁸ Acórdão: APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE FRANQUIA. ESCOLA DE IDIOMAS. NÃO OBSERVÂNCIA ÀS CLÁUSULAS CONTRATUAIS DE LIMITE DE TERRITÓRIO E DE DIREITO DE PREFERÊNCIA PELA FRANQUEADORA. PREJUÍZOS À FRANQUEADA. RESPONSABILIZAÇÃO DA RÉ. - Descumprindo a franqueadora as cláusulas contratuais relativas ao limite territorial para a abertura de novas franquias, bem como ao direito de preferência da franqueada à exploração das unidades, cabível a responsabilização da apelada no pagamento de danos materiais. - Não ocorrendo ofensa a direito objetivo da pessoa jurídica, incabível a responsabilização por dano moral. - Cláusula penal direcionada exclusivamente à franqueada não pode ser revertida em desfavor da franqueadora. - Recurso parcialmente provido. Unânime. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&numeroDoDocumento=725850>. Acesso em 20 de janeiro de 2018.



previsão contratual de exclusividade na aquisição de produtos ou serviços, imuniza, da mesma forma o franqueador, não se podendo falar em concorrência desleal ou violação da liberdade de iniciativa.

Ao contrário, a clientela da franquia, na maioria das vezes busca não por um produto ou serviço genérico, mas sim por aquele que está sendo oferecido pela franquia, em razão da confiança que deposita na marca. Considerar a cláusula de exclusividade abusiva contraria a própria natureza da franquia empresarial, pois essa modalidade contratual exige que os produtos e serviços sejam oferecidos no mesmo padrão de qualidade por todos os seus franqueados.

É o mesmo posicionamento de Fernandes (2000, p. 115) ao destacar que “a venda exclusiva dos bens pelo franqueador, ou por fornecedores por ele indicados, impõe a homogeneidade da rede e a padronização dos produtos e/ou serviços a serem adquiridos pelo consumidor final que, assim, tem a qualidade garantida.”

Nesse sentido entendeu a 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em julgamento proferido no processo APL 01034014020088260000 SP 0103401-40.2008.8.26.0000, no dia 06/06/2013 que um franqueado de uma rede de franquias de postos de gasolina não tinha direito à rescisão do contrato tendo em vista que era obrigado a adquirir os combustíveis de terceiros determinados pelo franqueador. Aquele tribunal entendeu que essa exclusividade atendia a interesses de ambas as partes.⁹

Resta, desse modo, demonstrado que a cláusula de exclusividade na aquisição de produtos e serviços pelo franqueado junto ao franqueador, ou por terceiro por ele indicado não resulta de concorrência desleal, pois o franqueado conhece previamente desta obrigação antes mesmo de assinar o contrato de franquia.

Por fim, resta analisar a chamada cláusula de barreira, ou cláusula de não concorrência, cujos efeitos são pós-contratuais, impedindo que o franqueado concorra com o franqueador, no mesmo segmento de negócio, utilizando para tanto de tecnologias,

⁹ Ementa: RESCISÃO DE CONTRATO FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL FRANQUIA Pedido de indenização com base na obrigação de aquisição de produtos com exclusividade, prática de preços diferenciados e imposição de preços de revenda Descabimento Hipótese em que a cláusula de exclusividade atendeu ao interesse de ambas as partes, os preços diferenciados praticados pela ré, em relação a outros revendedores, não franqueados, foi justificada por cláusula contratual e foi conferida ao autor a possibilidade de fixação dos preços de revenda ao consumidor final, não havendo imposição de preços pela ré Sentença mantida Recurso improvido. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_APL_01034014020088260000_bb789.pdf?Signature=1wANxDSu%2BcHPFpQ0sl%2FBEDkGWAA%3D&Expires=1522958587&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=ec151b4ad1f3b8f09b3e7928f6c4ee6c. Acesso em 22 de janeiro de 2018



organização e *know-how* adquiridos com a franquia. Por esta cláusula, a extinção do contrato implica, na fase pós-contratual, a necessidade do cumprimento de deveres por ambos os contratantes, voltados exclusivamente para o franqueado.

Ainda é preciso destacar, neste ponto, que o direito obrigacional, fundamentado na boa-fé objetiva consagrada no artigo 422 do Código Civil, reconhece a validade de obrigações que se impõem aos contratantes não só na fase de execução do contrato, mas também antes e depois da avença.

Não raras são as situações de franqueados que ao receberem treinamento do franqueador, bem como terem acesso ao seu *know-how*, buscam uma maneira de rescindir o contrato de franquia e montar seu próprio negócio, concorrendo diretamente com o franqueador. O meio mais eficaz de impedir que tal ato ocorra é a anotação expressa no contrato de franquia das cláusulas de barreira, impondo limitação temporal do franqueado que rescindiu ou teve rescindido o contrato de franquia, valer-se da exploração do mesmo segmento de negócio.

Em exemplo claro desta atuação ilegal, a 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgou em 27 de junho de 2013 a apelação n. 9185234-87.2009.8.26.0000¹⁰ em que os desembargadores reconheceram como prática de concorrência desleal os atos do franqueado em continuar a exploração da atividade econômica, mesmo havendo cláusula de não concorrência.

Neste processo a Franqueada Express Lavage a sec Ltda. foi condenada por ao pagamento de multa e danos materiais, pois depois de rescindir o contrato com a franqueadora 5 A Sec do Brasil Franchising Ltda., não cessou com suas atividades econômicas, tampouco descaracterizou o ponto comercial, e manteve todas as características, o *know-how* e os métodos de operação recebidos desta franqueadora.

Os desembargadores então confirmaram a decisão do juízo de primeira instância aplicando-lhe multa constante do contrato de franquia pelo descumprimento da obrigação de não concorrência, bem como determinaram que a franqueada realizasse a devolução dos manuais, do luminoso com a marca 5 à Sec, e o software desenvolvido para operação da rede de franquia.

¹⁰ Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_APL_91852348720098260000_3c507.pdf?Signature=gv1IU7DgnqjhUNwII1XVttOZnPE%3D&Expires=1523035845&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=e18548592f6f0c209ae8ad786bd90e87. Acesso em 22 de janeiro de 2018.



Nesse caso concreto há de se destacar que houve, além da violação da concorrência pela utilização, sem autorização, de meio de conhecimentos e informações utilizáveis na prestação de serviços, também uma violação ainda mais ampla relativa à propriedade industrial, pois ficou claro o uso indevido da marca do franqueador pelo franqueado após o encerramento do contrato¹¹.

No mesmo sentido, o STJ reconheceu a validade de cláusulas que impõem prazos mínimos para que o franqueado voltasse a atuar no mesmo setor do franqueador. No Recurso Especial 818.799, aquele Tribunal entendeu válida a cláusula contratual do franqueador Bob's Indústria e Comércio Ltda., que limitava o franqueado Jack Alimentos e Medicamentos Ltda., por um período de 18 (dezoito) meses após o término da franquia, a não atuar em negócio similar ao explorado, num raio de 20 km do local em que ficava o restaurante.¹²

Por outro lado, não é lícito reconhecer a validade desta cláusula limitativa de concorrência quando não há fixação de limites temporais para que o franqueado possa retomar a exploração da atividade econômica.

Esse, inclusive, é o entendimento da quarta turma do STJ que no julgamento do Recurso Especial 680.815 – PR considerou abusiva a vigência por prazo indeterminado da cláusula de "não restabelecimento", pois o ordenamento jurídico pátrio, salvo expressas exceções, não se coaduna com a ausência de limitações temporais em cláusulas restritivas ou de vedação do exercício de direitos.¹³

Entretanto, como não há regulamentação expressa sobre essa cláusula em contratos de franquia, qual então deveria ser o limite deste prazo?

Para responder a esse questionamento deve-se buscar a norma prevista no art. 1.147 do Código Civil, relativa a proibição de concorrência no caso dos contratos de trespasse, em que o alienante não pode concorrer com o adquirente, nos 5 anos subsequentes à transferência.

Esta seria uma solução técnica adequada, uma vez que para Gonçalves Neto (2012, p. 635) essa norma conta com boa técnica e “consagra essa tendência da jurisprudência atual

¹¹ O art. 189 da Lei 9.279/96 declara constituir crime a reprodução sem autorização do titular da marca registrada

¹² Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2835399&num_registro=200600107146&data=20070910&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 22 de janeiro de 2018.

¹³ Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34512142&num_registro=200401136237&data=20150203&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 22 de janeiro de 2018.



de nossos tribunais e da doutrina. Além disso, afina-se com o valor dado à boa-fé no Código Civil.”

Este, portanto, seria um prazo razoável, pois mesmo havendo rescisão contratual entre franqueados e franqueador, a atividade econômica poderá voltar a ser explorada no mesmo local, seja por outro franqueado, ou mesmo pelo próprio franqueador.

Restou provado, então, que tais cláusulas são perfeitamente aceitáveis nos contratos de franquia, guardadas as devidas proporções de limites temporais, cujo descumprimento pode ensejar na conduta típica da concorrência desleal, esculpida no inciso XI do art. 195 da Lei 9.279/96.

Por óbvio que, o franqueado a ter acesso ao *know-how* e à organização gerencial do franqueador acaba usufruindo de uma série de conhecimentos que levaram o franqueador ao sucesso no mercado e aproveitar-se deste conhecimento configura um ato ilegal, punível não somente com as imposições de multas contratuais, mas também com pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa na esfera criminal.

Assim, demonstrado está que a imposição de cláusulas de território, exclusividade e de não concorrência são perfeitamente admissíveis nos contratos de franquia, cujo descumprimento implica não somente na aplicação de multas contratuais, mas também na caracterização de concorrência desleal.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, podemos concluir ao final que a exploração de atividade econômica por meio de contratos de franquia empresarial está em franco crescimento nos últimos anos, demonstrando que esta forma de cooperação entre diferentes empresários é um meio eficiente para o desenvolvimento econômico.

Desta forma, o presente artigo buscou enfatizar a natureza jurídica desta modalidade contratual, destacando a previsão legal expressa para regulamentação da fase pré-contratual da Circular de Oferta de Franquia, as cláusulas comuns nos contratos de franquia e, com especial enfoque, aquelas relacionadas a questões voltadas para questionamentos de violação de concorrência e livre iniciativa.

Restou demonstrado que as cláusulas que impõem limites territoriais à exploração da atividade econômica que obrigam o franqueado a adquirir produtos e contratar serviços com



exclusividade do franqueador e que o impedem de concorrer no mesmo ramo de atividade após o encerramento do contrato não violam tais princípios.

Os questionamentos iniciais foram respondidos demonstrando que seriam válidas essas cláusulas, à luz das regras gerais de contratos e da liberdade de iniciativa, amplamente reconhecidas pela doutrina especializada e pela jurisprudência.

Também pode-se entender que é lícito aos franqueadores limitar a exploração empresarial dos franqueados depois de extinto o contrato, para preservar todos os investimentos que os primeiros realizaram na construção de seu negócio, não sendo lícito aos franqueados utilizar-se do *know-how*, marcas, tecnologias e outros bens intelectuais. Essas limitações não implicam em uma violação da liberdade de iniciativa dos franqueados, mas sim revelam-se com instrumento adequados para manter a segurança jurídica esperada entre as partes, sem prejuízos para os consumidores.

Por fim, foi demonstrado que há abusividade por parte dos franqueados que exploram a mesma atividade do franqueador após o encerramento dos contratos de franquia, posição esta sustentada por decisões jurisprudenciais, sendo o limite temporal máximo de 05 anos para que o franqueado volte a explorar atividade econômica em concorrência com o franqueador.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Vitor Luiz de. O Contrato de Franquia. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Lisboa, RIDB, Ano 3 (2014), nº 4, p. 2349 a 2447. Disponível em: https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/04/2014_04_02349_02447.pdf. Acesso em 20 de janeiro de 2018.

ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **A transferência de Tecnologia no Brasil**. Aspectos Contratuais e concorrenciais da Propriedade Industrial. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2005.

BARROSO, Luiz Felizardo. A importância de um código de ética. **Revista da Emerj**. Rio de Janeiro, v.3, n.9, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Direito de empresa. Empresa e estabelecimento. 16 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERNANDES, Lina. **Do contrato de franquia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.



GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**. Comentários aos artigos 966 a 1195 do Código Civil. 4 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008).

MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações comerciais**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MAURO, P. C. Guia do franqueado. São Paulo: Nobel, 2006.

REDECKER, Ana Cláudia. Da Circular de Oferta de Franquia e da aplicação do princípio do disclosure no contrato de Franquia Empresarial. **Revista de Direito, Santa Cruz do Sul**. Santa Cruz do Sul, v.1 n. 2, out. 2011, p. 155 a 167.

SANT ANNA, Leonardo Da Silva e LISBOA, Leticia Lobato Anicet. A aplicação da cláusula de territorialidade no contrato de Franquia sob a ótica concorrencial. **XXIV Congresso Nacional do CONPEDI**. Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/2oq57zr8/zK6vBkO6K8e59l9k.pdf>. Acesso em 15 de janeiro de 2018.

SHMITT, Cristiano Heineck. Contrato de Franquia Empresarial (*Franchising*). **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 17, 1999, p. 57 a 70.

SOUZA, G. C. de; LOURENZANI, A. E. B. S. **REBRAE**. **Revista Brasileira de Estratégia**. A importância do perfil do franqueado para o sucesso das franquias. Curitiba, v. 4, n. 2, p. 115-127, maio/ago. 2011.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc e ANDRADE, Maia Cecília. **Direito Comercial Teoria Geral**. 4 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.